

O STRÁŽCI ÚSTAVY A PODSTATĚ PRÁVA – SPOR HANSE KELSENA A CARLA SCHMITTA

VERONIKA BÍLKOVÁ

Abstract: **On the Guardian of the Constitution and the Essence of Law – A Dispute between Hans Kelsen and Carl Schmitt**

At the turn of the 1920s and 1930s, a debate about who should be the guardian of the constitution took place in the Weimar Republic. The main protagonists of this debate were the Austrian legal philosopher Hans Kelsen and the German jurist and political theorist Carl Schmitt. The article sums up, and critically assesses, the positions that the two authors held in the debate. It also draws attention to more general differences in the legal and political theory of Kelsen and Schmitt, relating for instance to their views on the nature of law or on the concept of statehood. The article shows that the questions that the two authors debated almost a century ago remain topical even today.

Keywords: Kelsen, Schmitt, international law, State, sovereignty, Constitution

Klíčová slova: Kelsen, Schmitt, mezinárodní právo, stát, suverenita, Ústava

DOI: 10.14712/23366478.2017.23

Na přelomu 20. a 30. let minulého století se v německé právní nauce rozhořel spor o to, kdo představuje strážce ústavy Výmarské republiky.¹ Spor proti sobě postavil rakouského právního teoretika a zakladatele tzv. ryzí nauky právní, Hanse Kelsena, který v té době působil na univerzitě v Kolíně nad Rýnem, a německého právníka a politického myslitele Carla Schmitta, jenž učil v Bonnu a později v Mnichově. I když přímým předmětem sporu byly otázky německého ústavního práva a uspořádání moci ve Výmarské republice, jeho podstata byla hlubší. Kelsen a Schmitt se totiž nerozcházel jen v názoru na to, jaký je správný výklad článku 48 Výmarské ústavy či jak tato ústava vymezuje postavení říšského prezidenta. Lišili se ve svých základních ideových východiscích, v chápání práva či v názoru na podstatu státnosti. Rozdíly stály v pozadí obecnější diskuse, kterou spolu Kelsen a Schmitt dlouhodobě, byť mnohdy spíše nepřímě, vedli. Tento příspěvek nabízí krátké shrnutí a zhodnocení jak sporu o strážce ústavy, tak obecnější diskuse, jejichž témata, jak uvidíme, zdaleka nejsou jen záležitostí právní historie, ale uchovávají si svou relevanci dodnes.

¹ Pro překlad jednotlivých spisů do angličtiny též VINX, Lars: *The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law*. Cambridge University Press, 2015. Pro komentáře sporu viz např. BAUME, Sandrine: Les sources légitimes de la juridiction constitutionnelle. La réplique de Hans Kelsen à Carl Schmitt. *Giornale di Storia Costituzionale*, sv. 1, č. 11/2006, s. 177–191; BEAUD, Olivier – PASQUINO, Pasquale: *La controversa sur « le gardien de la Constitution » et la justice constitutionnelle: Kelsen contre Schmitt*. Paris: Panthéon-Assas Paris II, 2017.

DVĚ FÁZE SPORU O STRÁŽCE ÚSTAVY

Spor o to, kdo je ve Výmarské republice strážcem ústavy, započal v roce 1929, kdy Kelsen uveřejnil článek ve sborníku *O povaze a rozvoji ústavního soudnictví*.² Článek, který vycházel z příspěvku předneseného na konferenci Asociace německých učitelů veřejného práva konané o rok dříve, hájil myšlenku ústavního soudnictví a právě ústavní soud v něm byl označen za garanta dodržování ústavy. Na text o dva roky později reagoval Schmitt ve svém spise *Strážce ústavy*.³ Spis vyznívá vůči Kelsenovi kriticky, Schmitt v něm ústavní soudnictví odmítl a za strážce ústavy (nyní již přímo s použitím tohoto termínu) označil říšského prezidenta. Kelsen odpověděl v témže roce článkem *Kdo by měl být strážcem ústavy?*,⁴ ve kterém se naopak vyjádřil nesouhlasně ke Schmittovu přístupu.

Oba autoři v té době již patřili k zavedeným a veřejně známým právním teoretikům. Hans Kelsen⁵ (nar. 1881 v Praze) vstoupil do povědomí širší veřejnosti jako jeden z autorů ústavy Rakouské republiky z roku 1920 a duchovní otec a v letech 1920–1929 rovněž soudce rakouského ústavního soudu, který se obecně pokládá za nejstarší soud svého typu ve světě.⁶ Pro odborné právní kruhy byl pak Kelsen znám jako zakladatel tzv. ryzí nauky právní, která – zjednodušeně řečeno – chápe právo jako hierarchický systém, v němž normy odvozují svou platnost od norem vyšších a na vrcholu normativní pyramidy se nachází tzv. základní norma (*Grundnorm*). Kelsen svůj náhled na právo vyložil ve své habilitační práci z roku 1911 a dále v sérii spisů převážně z 20. let (*Problém suverenity a teorie mezinárodního práva* – 1920, *O podstatě a hodnotě demokracie* – 1920, *Sociologické a právní pojetí státu* – 1922, *Rakouské veřejné právo* – 1923, *Obecná teorie státu* – 1925, *Problém parlamentarismu* – 1925, *Filozofické základy přirozeného práva a právního pozitivismu* – 1928). Klíčové Kelsenovo dílo, *Ryzí nauka právní*, bylo naopak publikováno až v roce 1934.

Carl Schmitt⁷ (nar. 1888 v Plettenbergu) na sebe upozornil několika právně-politickými spisy z 20. let, kdy působil na univerzitách v Greifswaldu, Bonnu a Mnichově. Mezi nejznámější z nich patřily *O diktatuře* z roku 1921, ve kterém Schmitt analyzoval politický systém Výmarské republiky a zdůrazňoval význam úřadu říšského prezidenta, v němž, s ohledem na výjimečné pravomoci přiznané mu ústavou, viděl onoho „diktátora“ (výraz měl ovšem pozitivní konotace). O rok později vydal Schmitt *Politickou teolo-*

² Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit. Überprüfung von Verwaltungsakten durch die ordentlichen Gerichte. Verhandlungen der Tagung der Deutschen Staatsrechtslehrer zu Wien am 23. und 24. April 1928. Mit einem Auszug aus der Aussprache, Augsburg, 1929, s. 30–84.

³ SCHMITT, C.: *Der Hüter der Verfassung*. Mnichov, 1931.

⁴ KELSEN, H.: Wer soll der Hüter der Verfassung sein?. *Die Justiz*, sv. 6, 1931, s. 576–628.

⁵ Viz též BOHÁČKOVÁ, Renata: *Život a dílo prof. Dr. jur. Dr. Hanse Kelsena*. Brno: Masarykova univerzita, 1994.

⁶ Nejstarší ústavou, která počítala s institucí ústavního soudu, byla ústava Československa z roku 1920 (vstup v platnost 2. února 1920). Ústavní soud ale v Československu reálně vznikl až v listopadu 1921. Naopak rakouský ústavní soud vznikl již v roce 1919, byť pravomoci realizovat ústavní přezkoumání získal až na základě ústavy z roku 1920 (vstup v platnost 10. října 1920).

⁷ Viz též LUKÉŠ, Pavel: Carl Schmitt. *Sborník prací Filozofické fakulty Brněnské univerzity*. B46, 1999, s. 89–100; DOBEŠ, Jan: Carl Schmitt mezi vědou a proroktívem. *Dějiny – teorie – kritika*, č. 1/2009, s. 56–79; CROCE, Mariano – SALVATORE, Andrea: *The Legal Theory of Carl Schmitt*. Routledge, 2013; SUR, Serge (ed.): *Carl Schmitt, Concepts et usages*. Paris: Biblis, 2014.

gii, která začíná známým a často citovaným výrokiem, podle něžž „*suverénem je ten, kdo rozhoduje o výjimečném stavu*“. Spis dále upoutal tvrzením, že veškeré pojmy moderní teorie státu jsou vlastně jen sekularizované teologické koncepty. Další práce vyšly ve 30. letech (*Pojem politična* – 1932) a po druhé světové válce (*Nomos der Erde* – 1950, *Teorie partyzána* – 1963). Schmitt odmítal Kelsenův normativistický přístup a klonil se dílem k decisionismu, dílem k tzv. teorii konkrétních řádů, o nichž bude řeč později.

Spor na přelomu 20. a 30. let se týkal konkrétních aspektů politického uspořádání Výmarské republiky, především pak otázky, který z ústavních (či jiných) orgánů má dohlížet na dodržování ústavy, resp. má toto dodržování zajišťovat. Kelsen tvrdil, že strážcem ústavy má být, podle rakouského vzoru, ústavní soud.⁸ Naopak Schmitt soudil, že tuto úlohu může reálně zastávat jedině říšský prezident (v dané době Otto von Hindenburg). Odlišné pozice se odvíjely od toho, jak oba autoři chápali roli ústavního soudnictví a soudů obecně.

Kelsen vycházel z tzv. teorie stupňovité výstavby právního systému (Stufenbau), která chápe právní řád státu jako jednotnou normativní soustavu, jež má základ v ústavní listině (zde Výmarské ústavě z roku 1920). Na tvorbě a aplikaci jednotlivých právních norem, které tuto soustavu tvoří, se podílejí zástupci legislativní, exekutivní i soudní moci. Ačkoli se jejich role v mnohém liší, všichni ve své činnosti (legislativa při přijímání zákonů, exekutiva při jejich aplikaci, soudy při rozhodování případů) disponují určitou diskrecí. Cestou vzhůru normativní pyramidou, směrem k ústavním normám, míra diskrece stoupá, jedná se ale o rozdíl kvantity, nikoli kvality. Právní normy nikdy nejsou zcela určité, proto i rozhodování běžného sporu např. v oblasti občanského práva zahrnuje uvážení. „*Každý právní konflikt*,“ napsal Kelsen v roce 1931, „*je [...] konfliktem zájmů, respektive moci, každý právní konflikt je proto současně politickou kontroverzí a každý konflikt, ať už je to konflikt zájmů, moci či politiky, může být rozhodnut coby právní spor*.“⁹ Z politické povahy práva Kelsen vyvozuje, že ústavní spory se svou povahou nijak významně neliší od jiných právních sporů. Není proto důvod, proč by měly být *a priori* vyňaty ze soudního přezkumu. Daný přezkum, realizovaný specializovanou soudní institucí, je naopak ideálním nástrojem ochrany ústavy.

Schmitt s tímto názorem nesouhlasil. Mezi běžným a ústavním soudnictvím je podle něho zásadní kvalitativní rozdíl. Zatímco běžné soudy právo aplikují, ústavní soud by jej – s ohledem na vágnost ústavní úpravy a komplikovanost otázek, jež na této rovině vyvstávají – musel nutně vytvářet, resp. dotvářet. Tím by si soudní orgán uzurpoval roli, která podle teorie dělby moci náleží zákonodárci. Ani zákonodárce, alespoň v kontextu Výmarské republiky, ale není vhodným orgánem strážení ústavy. Je totiž podle Schmitta příliš rozdělen stranickými zájmy, a není proto schopen hájit zájem celospolečenský a vyjadřovat obecnou vůli (ve smyslu Rousseauovy *volonté générale*). To může udělat jen někdo, kdo stojí mimo běžné politické pŕtky a představuje neutrální či čtvrtou moc

⁸ Výmarská ústava s ústavním soudem nepočítala, na úrovni některých říšských zemí nicméně instituce podobné ústavnímu soudu existovaly. Návrhy na zřízení říšského ústavního soudu vznesli během 20.–30. let vedle Kelsena zejména Heinrich Triepel a Gerhard Anschütz. Více viz BÉGUIN, Jean-Claude: *Le Controle de la constitutionnalité des lois en République fédérale d'Allemagne*. Paris: Economica, 1982, s. 20.

⁹ KELSSEN, Hans: Wer soll der Hüter der Verfassung sein?. Cit. dle KELSSEN, Hans: *Qui doit être le gardien de la Constitution ?*. Paris: Michel Houdiard, 2006, s. 76.

ve státě.¹⁰ Dané postavení přiřkl Schmitt říšskému prezidentovi, který byl na základě Výmarské ústavy volen v přímé volbě, a svou legitimitu tak čerpal nezprostředkovaně od voličů. Právě prezident byl podle Schmitta ztělesněním národní jednoty, a jeho úkolem proto bylo dbát o tuto jednotu a bránit ji i cestou mimořádných, tj. mimoústavních, nástrojů.

Kelsen daný názor zpochybňoval s tím, že prezident nemůže působit jako nezávislá síla, pokud mu Výmarská ústava přiznává silné pravomoci, jež z něj činí aktivního účastníka politického procesu ve státě. Reálný vliv prezidenta byl navíc posílen ve 30. letech, kdy vládní kabinet nebyly schopny získat podporu většiny parlamentu a opíraly se čistě o podporu prezidenta (tzv. prezidentské kabinet). Ten *de facto* nahradil parlament rovněž v oblasti normotvorby, protože klíčovým pramenem práva ve Výmarské republice se od roku 1930 stala exekutivní nařízení podepsovaná prezidentem, jež byla přijímána na základě článku 48 Výmarské ústavy.

Toto ustanovení sehrálo důležitou úlohu v další fázi sporu o strážce ústavy, která již neměla jen teoretický rozměr. Týkala se totiž reálného případu, který ve Výmarské republice vyvstal v roce 1932. V červenci toho roku došlo k tzv. úderu na Prusko (Preussenschlag), během něhož prezident von Hindenburg vydal nařízení, jež umožnilo vládě konzervativního kancléře Franze von Papena převzít kontrolu nad spolkovou zemí Prusko a nahradit její vládu říšským komisařem. Nařízení se opíralo o článek 48 Ústavy a vycházelo z obou jeho úvodních odstavců – z odst. 2, který zdůvodňoval přijetí mimořádných opatření závažným narušením či ohrožením veřejné bezpečnosti či pořádku, i z odst. 1, jenž mluvil o neplnění povinností uložených spolkové zemi ústavou či říšskými zákony. Krok byl oficiálně odůvodněn nepokojí, k nimž v Prusku docházelo a které zahrnovaly ozbrojené střety mezi stoupenci NSDAP, komunisty a dalšími politickými silami. Obecně se ale soudí, že v pozadí byla snaha von Papena získat kontrolu nad zemí, jejíž vládu dosud řídili sociální demokraté, a připravit v ní půdu pro nástup NSDAP, k čemuž následně skutečně došlo.¹¹

Pruská vláda předala případ Státnímu soudu (Staatsgerichtshof) se sídlem v Lipsku, který byl Výmarskou ústavou zmocněn k řešení konfliktů mezi říšskou vládou a spolkovými zeměmi. Schmitt v kauze vystupoval jako jeden z právních zástupců federální vlády, Kelsen se do případu přímo nezapojoval, stál ale na straně Pruska. Státní soud rozhodl dne 25. října 1932 a jeho závěry neuspokojily ani jednu stranu (a také ani Schmitta, ani Kelsena). Federální vládě dal soud za pravdu v tom, že byla oprávněna reagovat na porušení či ohrožení veřejné bezpečnosti a pořádku (podle odst. 2 článku 48) a učinit tak způsobem, který byl zvolen, tj. nahrazením vlády komisařem. Protistrana, Prusko, naopak uspěla v tom, že soud odmítl, že by z její strany došlo k neplnění povinností

¹⁰ Koncept nezávislé či čtvrté moci převzal Schmitt od francouzského liberálního filozofa Benjaminu Constanta, který jeho pomocí charakterizoval postavení panovníka v konstituční monarchii. Viz CONSTANT, Benjamin: *Principes de politique applicables à tous les gouvernements représentatifs et particulièrement la Constitution actuelle de la France*. Paris: Alexis Eymery, 1815.

¹¹ Když v roce 1933 úřad federálního komisaře pro Prusko převzal Hermann Göring, měl hlavní propagandista NSDAP Joseph Goebbels poznamenat, že von Papen vyčistil Prusko od levicových elementů tak dokonale, že tam pro nacisty nezbyla žádná práce. Viz MOMMSEN, Hans: *Germans Against Hitler: The Stauffenberg Plot and Resistance Under the Third Reich*. Překlad do angličtiny Angus McGeoch, London: I. B. Tauris, 2009, s. 543.

uložených ústavou či říšskými zákony (podle odst. 1 článku 48). Soud také potvrdil, že přijatá opatření, coby reakce na mimořádnou událost, mohou mít pouze dočasný charakter. Kelsen i Schmitt rozhodnutí svorně kritizovali, každý ale, vcelku nepřekvapivě, z jiného důvodu. Kelsen byl toho názoru, že soud měl nařízení zcela zrušit pro jeho rozpor s ústavou. Schmitt se naopak domníval, že neměl ve sporu vůbec rozhodovat, protože soudní moci nepřísluší vměšovat se do politických sporů.

V roce 1933 převzali v Německu moc nacisté. Pro Kelsena to, s ohledem na jeho židovský původ, znamenalo nedobrovolný odchod z německého akademického prostředí a z Německa jako takového. Po krátkém pobytu v Ženevě a v Praze přesídlil v roce 1940 do USA, kde strávil zbytek života (především na Kalifornské univerzitě v Berkeley). Schmitt si naopak po roce 1933 v Německu kariéru polepšil. Z univerzity v Mnichově se nejprve na čas přesunul do Kolína nad Rýnem a následně až do konce války působil v Berlíně. Po roce 1945, coby člověk s puncem sympatizanta nacismu, byl nucen stáhnout se z akademického i veřejného života. Odešel do rodného Plettendorfu, kde se právem a politickou vědou dále zabýval coby soukromá osoba.

ZHDNOCENÍ SPORU O STRÁŽCE ÚSTAVY

To, že Schmitt v roce 1933 na univerzitě v Kolíně nad Rýnem nahradil Kelsena, mohlo působit jako jeho symbolické vítězství ve sporu (či mimo něj). Poválečný vývoj ovšem vyzněl dosti jinak – zatímco Kelsen se stal jedním z nejznámějších právních teoretiků světa, Schmitt byl na dlouhá desetiletí téměř zapomenut a i dnes, přes oživení zájmu o jeho názory v posledních letech, na něm ulpívá stigma člověka, který si zadal s nacismem. Rovněž ústavní systém Německa vytvořený po roce 1945 je bližší Kelsenově představě – zahrnuje samostatný Spolkový ústavní soud, který patří mezi nejvýznamnější instituce svého druhu ve světě, naopak německý prezident má hlavně reprezentativní úlohu a jeho pravomoci jsou značně omezené (čímž by zřejmě vyhovoval Schmittově představě neutrální čtvrté moci lépe než silný prezident Výmarské republiky). Necháme-li stranou historické souvislosti a zaměříme se výlučně na obsah sporu, je výsledek méně jednoznačný. Obě pozice mají své slabiny, které dobře popsali už Kelsen a Schmitt (každý vůči tomu druhému) a různí autoři později.¹²

Kelsen vycházel ze stavu, ve kterém všechny instituce řádně fungují, právní řád je obecně přijímán a akceptován a zbývá jen dojasnit některé otevřené otázky ústavní úpravy. To je úloha pro experty, ústavní soudce, kteří dojasnění v konkrétním případě provedou a jejich pozice bude respektována. Vzhledem k tomu, že hlavním úkolem ústavy je vymezit hranice výkonu státní moci a zavést pravidla její dělby, je důležité řešit všechny konflikty uvnitř tohoto rámce. Orgán rozhodující ústavní spory se tak musí pohybovat v mezích daných ústavou, byť uvažování, jímž disponuje, mu umožňuje vzít v úvahu mimoprávní skutečnosti. Ústavní, resp. právní systém je ale prostorem, mimo

¹² Viz např. DYZENHAUS, David: “Now the Machine Runs Itself”: Carl Schmitt on Hobbes and Kelsen. *Cardozo Law Review*, sv. 16, 1994, s. 1–19; DYZENHAUS, David. Kelsen, Heller and Schmitt: Paradigms of Sovereignty Thought. *Theoretical Inquiries in Law*, sv. 16, č. 2/2015, s. 337–366.

něž nelze jít. Opuštění právního základu by znamenalo likvidaci nejen práva, ale též státu, která Kelsenovi splývá s právem v jedno.

Co dělat v případech, kdy významné politické síly v zemi stávající právní rámec odmítají, již Kelsen neuvádí. Obdobně u něho chybí hlubší reflexe toho jak postupovat, pokud soudy včetně ústavního rozhodnou, ti, kterých se kauza týká, např. exekutiva, ale rozhodnutí odmítnou respektovat. Kelsenův model tedy může dobře fungovat za běžné situace, kdy v zemi panuje aspoň minimální konsensus na nastavení základních parametrů právního a politického systému. Pokud tento konsensus chybí, resp. zmizí, jak tomu bylo v Německu ve 30. letech a jak je tomu dnes, jak se zdá, v rostoucím počtu zemí, včetně některých z našeho regionu, dostává se model do potíží, na něž nenabízí jasná řešení.

Schmittův model je naopak primárně zaměřen na mimořádné situace. Ono známé „*soverén je ten, kdo rozhoduje o výjimečném stavu*“, neodhaluje, kdo je suverén, odkazuje ale na těžiště Schmittova zájmu. To tvoří, na rozdíl od Kelsena, situace, kdy ústavní a právní systém nefunguje tak, jak byl zamýšlen, a hrozí jeho zhroucení. Schmitt má za to, že v takovém případě právo mizí a zůstává jen stát, coby předprávní politická a sociální jednotka. Obnovu práva tak nelze realizovat v rámci práva, ale jedině mimo něj, ne s pomocí normy, ale prostřednictvím politických rozhodnutí.¹³ Ta musí přijmout aktér, který ztělesňuje politickou jednotu národa a který určí opatření, jež umožní tuto jednotu zachovat, resp. obnovit. Takto popsany výjimečný stav je přitom odlišný od stavu anarchie či chaosu, neboť „*v něm existuje řád, byť se nejedná o řád právní*“.¹⁴

Zatímco Kelsen vytěšňuje mimořádný stav, Schmitt se naopak nezajímá o stav řádný. „*Výjimka*“, píše v *Politické teologii*, „*je zajímavější než pravidlo. Pravidlo nedokazuje nic; výjimka dokazuje všechno.*“¹⁵ Hranice mezi pravidlem a výjimkou, resp. mezi řádným a mimořádným stavem, přitom není dána *a priori*. Určuje ji ten, kdo rozhoduje o výjimečném stavu, tedy suverén. Jeho rozhodování tak zahrnuje nejen určení toho, jaká opatření v mimořádné situaci nasadit, ale i kdy tato situace nastane. To dává suverénovi obrovskou, prakticky neomezenou moc. Schmitt to nechápal jako problém, navíc se domníval, že určité meze suverénově moci dá jednak to, že jeho rozhodnutí musí být vnímáno a přijato jako legitimní ze strany většiny národa, jednak to, že sám je součástí určitého konkrétního řádu (viz později), jehož hodnoty a náhledy reprezentuje. Důsledky stavu, kdy se „*soverén*“ vyváže z působení běžných pravidel a dá se mu, *de iure* či *de facto*, absolutní moc, měl Schmitt možnost vidět již za svého života. V současné době, kdy se opět v některých zemích objevují tendence posilovat postavení určitých ústavních činitelů, typicky hlavy státu, je téma opět aktuální. A Schmittova teze, že takový stav je vlastně v pořádku, bude připadat jako přesvědčivý asi jen málokomu.

Jak upozorňuje Dyzenhaus, zajímavý alternativní přístup ke Kelsenovi a Schmittovi nabídl jiný právní teoretik Výmarské republiky a shodou okolností také rodák z území blízkého dnešní ČR, Hermann Heller. Heller (nar. 1891 v Těšíně) zemřel v relativně

¹³ Skutečnost, že právní rozhodování má v sobě u Kelsena vždy politický prvek, poněkud zmenšuje rozdíl mezi jeho a Schmittovou pozicí.

¹⁴ SCHMITT, Carl: *Political Theology, Four Chapters on the Concept of Sovereignty*. University of Chicago Press, 1985, s. 15.

¹⁵ Tamtéž.

nízkém věku 42 let, před dopsáním svého hlavního díla (*Státověda*), a proto se nikdy nestal příliš známý. V roce 1927 ale uveřejnil spis *Suverenita: příspěvek k teorii státního a mezinárodního práva*,¹⁶ ve kterém se vyjádřil k řadě otázek, jež následně rezonovaly ve sporu mezi Kelsenem a Schmittem.

Heller se domníval, že ne všechny situace lze řešit v rámci běžného právního řádu – v tom souhlasit se Schmittem. Na rozdíl od něj ale měl za to, že mimořádnou situaci nelze vnímat zcela mimoprávně. Suverénem pro něj není ten, kdo rozhoduje o výjimečném stavu, ale ten, kdo „rozhoduje o normální situaci v souladu s psanou či nepsanou ústavou, a protože standardně podporuje platnost této ústavy, je schopen činit další rozhodnutí. Pouze ten, kdo rozhoduje ústavním způsobem o normální situaci, je také schopen rozhodovat právně o výjimečné situaci, a to i když rozhoduje contra legem“.¹⁷ Heller tak připouštěl, že mimořádné situace mohou vyžadovat mimořádná, resp. mimoprávní řešení, současně ale odmítal, že by ten, kdo tato řešení přijímá, sám stál zcela mimo právní rámec.

Oproti Kelsenovi a Schmittovi si navíc Heller nemyslel, že za strážce ústavy lze označit jeden specifický orgán. V kontextu Výmarské republiky např. mimořádná opatření přijímal podle článku 48 Ústavy prezident, jeho diskrece ale byla omezena pravomocí parlamentu opatření následně zrušit a mocí lidu vyjádřenou skrze volby a plebiscity. Další, tentokrát materiální pojistkou pak byly určité „hodnoty, které daná kultura považuje za hodnoty ústavní, za právní základ sociální spolupráce“.¹⁸ Tyto hodnoty, přetavené v základní právní principy – zjevně blízké tomu, co bychom dnes označili za materiální ohnisko ústavy – platí za všech okolností, včetně výjimečného stavu, a stanovují mantinely toho, kam až můžou strážci ústavy zajít. Heller tedy má „plán“ pro situace obvyklé i mimořádné, umožňuje suverénovi překročit hranice platného práva, ale nedává mu úplnou volnost a snaží se všechny významné aktéry ve státě propojit systémem „brzd a protiváh“. Takový přístup může nakonec působit vyváženěji i reálněji než oba modely, které jsme si představili výše.

DISKUSE O PODSTATĚ PRÁVA A O VZTAHU PRÁVA A STÁTU

Kelsen a Schmitt se nerozházeli jen v názoru na to, kdo by měl být strážcem ústavy ve Výmarské republice. Velmi odlišná byla též jejich obecná ideová východiska a chápání podstaty a role práva.¹⁹ O těchto tématech vedli debatu, mnohdy spíše nepřímou, nejen v období před druhou světovou válkou, ale též v následujících desetiletích. Vzhledem k bohatosti díla, které oba autoři vytvořili, i k proměnám, jimiž jejich názory postupně prošly, není možné na tomto místě provést kompletní srovnání jejich názorů, sekci je tak třeba brát jen jako jakýsi úvod do tématu.

¹⁶ HELLER, Hermann: *Die Souveränität: Ein Beitrag zur Theorie des Staats- und Völkerrechts*. Berlin a Lipsko: Walter de Gruyter, 1927.

¹⁷ Tamtéž, s. 127, cit. in DYZENHAUS, David: Kelsen, Heller and Schmitt. Op. cit., s. 352.

¹⁸ DYZENHAUS, David: Kelsen, Heller and Schmitt. Op. cit., s. 354.

¹⁹ Viz též SUGANAMI, Hidemi: Understanding sovereignty through Kelsen/Schmitt. *Review of International Studies*, sv. 33, 2007, s. 511–530; PINELLI, Cesare: The Kelsen/Schmitt Controversy and the Evolving Relations between Constitutional and International Law. *Ratio Juris*, sv. 23, č. 4/2010, s. 493–504.

V *Politické teologii* rozlišil Schmitt dva přístupy k právu – normativismus a decisionismus. Ve spise *O třech typech právního myšlení*²⁰ vydaném v roce 1934 k nim dodal ještě přístup třetí, týkající se konkrétních řádů. Každý autor podle Schmitta spadá pod některý z těchto přístupů. „Každý právník, který vědomě či nevědomě zakládá svou práci na pojmu práva, pojímá toto právo buď jako pravidlo, nebo jako rozhodnutí, nebo ještě jako konkrétní řád.“²¹ Obdobnou volbu realizují údajně také národy, které mají tendenci podřizovat se buď neosobní normě, nebo určitému vůdci, popř. konkrétnímu řádu.

Normativismus ve Schmittově pojetí chápe právo coby soubor norem tvořící systém, který jako celek vychází z tzv. základní normy (grundnorm). V tomto přístupu „pouze zákon, nikoli potřeby stávající a neustále se měnící situace nebo dokonce lidské volby, mohou „vládnout“ či „přikazovat“.“²² Decisionismus naopak za základ práva považuje ony lidské volby, resp. rozhodnutí konkrétní autority. Jak uváděl již Thomas Hobbes „auctoritas, not veritas facit legem“. Schmitt k tomu dodává, že v decisionismu „suverénní rozhodnutí vychází z normativní nicoty a konkrétního nepořádku“.²³ Nemůže tomu být jinak, protože toto rozhodnutí řád a právo teprve konstituuje. Konkrétní řád, dodaný do klasifikace později, se od prvních dvou přístupů liší v tom, že jeho základní jednotkou není jednotlivec, ale sociální skupina, sdružení či instituce. Právo v tomto přístupu vyvěrá z již existujícího sociálního uspořádání: „právní normy, pravidla, nařízení a rozhodnutí musejí vyrůstat z vnitřního způsobu života každého konkrétního řádu a odpovídat jeho hodnotám a potřebám. [...] právo musí vždy zahrnovat institucionální složku, ale musí být širší a pružnější, aby odráželo existující, ale stále se vyvíjející sociální realitu.“²⁴

Kelsen byl podle Schmitta typickým představitelem prvního přístupu, normativismu, proti čemuž by zřejmě sám mnoho nenamítal.²⁵ Schmitt bývá označován za decisionistu a je pravda, že jeho postoj ve spisech z 20. let a ve sporu o strážce ústavy takové klasifikaci odpovídal. Např. v *Politické teologii* Schmitt napsal, že rozhodnutí suveréna je rozhodnutím „nezaloženým na důvodech či diskusi, nevyžadujícím ospravedlnění, [...] je to absolutní rozhodnutí vytvořené z ničeho“.²⁶ Na počátku 30. let ale Schmitt svůj postoj změnil a po vymezení třetího přístupu opřeného o konkrétní řád se přiklonil právě k němu.²⁷ Přístup byl inspirován právním institucionalismem, který počátkem 20. století zavedli Francouz Maurice Hauriou a Ital Santi Romano.²⁸ Spolu s nimi pova-

²⁰ SCHMITT, Carl: *On the Three Types of Juristic Thought*. Praager, 2004. Viz též DAVIDOVA, Marina L.: The Main Types of Professional Juridical Thinking. *Revista da Faculdade de Direito*, sv. 60, č. 3/2015, s. 91–101.

²¹ SCHMITT, Carl: *On the Three Types of Juristic Thought*. Op cit., s. 43.

²² Tamtéž, s. 49.

²³ Tamtéž, s. 62.

²⁴ Tamtéž, s. 20.

²⁵ Pro zajímavost lze podotknout, že za normativistický národ považoval Schmitt Židy coby „národ, který bez území, bez státu a bez církve, existuje pouze v ‚právu‘“. Tamtéž, s. 45.

²⁶ SCHMITT, Carl: *Political Theology*. Op cit., s. 66.

²⁷ Viz též CROCE, Mariano: Does legal institutionalism rule out legal pluralism? Schmitt's institutional theory and the problem of the concrete order. *Utrecht Law Review*, sv. 7, č. 2/2011, s. 42–59.

²⁸ Vice viz MILLARD, Eric: Hauriou et la théorie de l'institution. *Droit et Société*, sv. 30/31, 1995, s. 381–412; a FONTANELLI, Filippo: Santi Romano and *L'ordinamento giuridico*: The Relevance of a Forgotten

žoval Schmitt za základ práva instituce coby „*usazené zvyky, které si zaslouží ochranu, protože tvoří etický a etnický matrix společnosti*“.²⁹ Oproti oběma románským autorům měl Schmitt za to, že takový matrix může být v každé společnosti pouze jeden. A právo je zde proto, aby tento matrix strážilo proti hrozbě relativizace a pluralizace hodnot a potřeb. Je jeden matrix, jedno právo, jeden národ, jeden stát a taky jedno hnutí a jeden vůdce, kteří národ a stát řídí. Není pak divu, že se Schmitt ve 30. letech přiklonil k nacismu, který tomuto schématu dobře odpovídal.

Právě řečené souvisí s dalším obecným rozdílem mezi Kelsenem a Schmittem, možná dokonce tím nejobecnějším. Rozdíl se týká vztahu mezi normativním a reálným světem, mezi Kantovým *Sollen* a *Sein*.³⁰ Kelsen, následuje v tomto řadu moderních autorů včetně Humea, Webera či právě Kanta, chápal obě oblasti jako striktně oddělené. Zatímco svět normativity se řídí zákony přičítání (*Zurechnung*), svět fakticity ovládají zákony kauzality (*Müssen*). Oba světy „*stojí jeden vedle druhého, oddělené nepřekonatelnou propastí*“.³¹ Schmitt se naopak domníval, že žádná taková propast neexistuje. Normativita a fakticita jsou spojeny prostřednictvím institucí, zejména té klíčové – státu. Stát ve svém právu kodifikuje již zmíněné usazené zvyky, čímž z normálního dělá normativní. Následně pak normativní vymáhá, aby zůstalo normálním.

Stát byl vůbec pro Schmitta klíčovou jednotkou, a to nejen ve vztahu k vlastnímu obyvatelstvu, ale rovněž na mezinárodní úrovni. Schmitt se hlásil k vestfálskému pojetí mezinárodního řádu, opřenému o národní státy. Ty pro něj byly nositeli určitých předem daných práv a povinností, zejména práva vést válku proti entitě, která je určena jako nepřítel. Z tohoto důvodu také Schmitt odmítal úpravu směřující k zákazu útočné války, resp. obecněji k zákazu použití síly v mezinárodních vztazích. Stavěl se také proti stíhání představitelů nacistického Německa za zločin agrese, resp. v dobové terminologii zločiny proti míru. Naopak proti stíhání za válečné zločiny a zločiny proti lidskosti nic zásadního nenamítal, protože ty nesměřovaly proti základnímu právu suverénního státu, právu vyhlásit válku podle vlastního uvážení.

Popření tohoto práva vyvolá podle Schmitta nástup totální války, kterou povede lidstvo jako celek, přesněji lidé a státy osobující si právo mluvit jménem lidstva, proti entitám považovaným za nepřátele lidstva. Válka jako duel sobě rovných, byť zrovna znesvářených států se změní ve válku jako nástroj postihu určitých států či jiných entit, které nerespektují univerzální zájmy a hodnoty. Jak ukazuje třeba tažení proti tzv. Islámskému státu, tato prognóza Schmittovi vcelku vyšla. Nevyšel mu naopak předpoklad, že takové války budou výrazně krutější a zbavené jakéhokoli respektu k nepříteli. Tento předpoklad možná částečně platí ve vztahu k nepříteli jako kolektivnímu celku, jeho dopady na individuální rovině, vůči jednotlivcům bojujícím za nepřátele, ale výrazně zmírňuje trend humanizace mezinárodního práva, který zavedl určité minimální standardy chování vztahující se na všechny jednotlivci (základní lidská práva, minimální

Masterpiece for Contemporary International, Transnational and Global Legal Relations. *Transnational Legal Theory*, sv. 2, č. 1/2011, s. 67–117.

²⁹ CROCE, Mariano: Does legal institutionalism rule out legal pluralism?. Op cit., s. 50.

³⁰ Více viz CURCÓ COBOS, Felipe: La polémica Kelsen-Schmitt: un debate jurídico en torno a la Modernidad, *Diánoia*, sv. 58, č. 71/2013, s. 79–103.

³¹ KELSEN, Hans: *Hauptprobleme des Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*. Tübingen, 1923, cit. in tamtéž, s. 88.

standardsy platné za ozbrojených konfliktů aj.).³² Pro Schmitta by ovšem tento vývoj, omezující právo státu nakládat nejen s cizími, ale i s vlastními občany podle libosti, byl nejspíše stejně špatný jako změna povahy války.

Kelsen se na danou oblast díval odlišně.³³ Oproti Schmittovi nebyl esencialista, nemyslel si tedy, že stát má pevně danou a v čase a prostoru neměnnou podstatu. Stát pro něj představoval právní kategorii – v právu zakotvenou a právem vymezenou. Konkrétní obsah státnosti tak vždy vyplývá z momentálně platných norem mezinárodního práva. Válka, resp. použití síly může být v jednu dobu dovolené a v jinou zakázané, aniž by to mělo vliv na podstatu státu. Vliv tato změna naopak má na povahu mezinárodního práva. Na rozdíl od některých starších pozitivistů nepovažoval Kelsen mezinárodní právo jen za pozitivní morálku (Austin), nebo vnější právo státu (Jellinek), ale za reálný, byť zatím spíše primitivní právní systém. Na základě analogie s vnitrostátním právem byla podle něho pro existenci jakéhokoli právního systému nezbytná přítomnost sankcí, resp. nástrojů donucení (zde svým způsobem esencialistou byl). V mezinárodním právu tyto nástroje vedle svépomoci zahrnují právě nasazení síly proti narušiteli veřejného pořádku. Proto Kelsen trval na tom, že „*kdokoli odmítá teorii spravedlivé války, popírá současně právní povahu mezinárodního práva*“.³⁴

V době, kdy se mluví o krizi státu a přehodnocování konceptu státní suverenity, je tato debata opět relevantní. Je stát entitou s pevně daným obsahem, nebo se jeho vymezení a role mohou časem měnit? Znamená suverenita nezávislost a volnost rozhodování, nebo je naopak spojena s odpovědností a povinností respektovat určitá základní pravidla mezinárodního řádu? Má být použití síly ponecháno na úvaze jednotlivých států, nebo je lepší rozhodování v této věci centralizovat? Schmitt by se přiklonil k první variantě odpovědi, Kelsen k variantě druhé. Každý čtenář si sám za sebe může posoudit, který postoj je mu bližší.

ZÁVĚR

Hans Kelsen a Carl Schmitt patří mezi nejvýznamnější právní teoretiky 20. století. Oba se zabývali otázkami ústavního a mezinárodního práva, tyto otázky ale zodpovídali značně odlišně. Rozdíly přístupu se projevíly jak ve sporu o to, kdo by měl být strážcem ústavy Výmarské republiky, tak v obecnější diskusi o podstatě práva a povaze státnosti. Ve sporu vedeném na přelomu 20. a 30. let hájil Kelsen ideu ústavního soudnictví, jež dbá na dodržování platného práva, zatímco Schmitt podporoval myšlenku silného prezidenta, který je oprávněn přijímat rozhodnutí nevázaná platným právním rámcem. V obecnější diskusi vystupoval Kelsen jako stoupenec normativismu. Právo pro něj byl autonomní, hierarchicky vystavěný normativní systém, v němž se platnost jednotlivých norem odvozovala od norem vyšších až k výchozí základní normě.

³² Viz MERON, Theodor: *The Humanization of International Law*. Leiden – Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2006.

³³ Vit RIGAUX, François: Hans Kelsen on International Law. *European Journal of International Law*, sv. 9, 1998, s. 325–343.

³⁴ KELSEN, Hans: *The Legal Process and International Order*. London: Constable & Company, 1935, s. 13.

Schmitt se nejprve hlásil k decisionismu, který vidí zdroj práva v politickém rozhodnutí, a následně, ve 30. letech, se přiklonil k teorii tzv. konkrétního řádu, v rámci níž právo odráží sociálně-institucionální základ společnosti, její usazené zvyky.

Nelze říci, že by spor o strážce ústavy či obecnější diskuse skončily jasným vítězstvím jednoho z protagonistů. Nejspíše to ani nebylo možné, protože Kelsen a Schmitt zkrátka nabízejí dva odlišné pohledy na právo, stát i svět kolem nás jako takový. Oba pohledy mají svá pozitiva, ale i svá rizika. Kelsen od práva očekává snad až příliš a nevěnuje dost pozornosti případům jeho možného selhání. Schmitt naproti tomu právo podřizuje politické moci, resp. usazeným zvykům, a zbavuje ho tak reálné autonomní síly. První pohled může vyústit v nadměrný formalismus, druhý v obhajobu opresivního režimu. S oběma těmito jevy mají přitom evropské státy z posledních desetiletí bohatou zkušenost a oba představují pro Evropu, i svět širěji, hrozbu též v dnešní době. Diskuse mezi Kelsenem a Schmittem proto netvoří jen zajímavou epizodu právních dějin. Svou relevanci si uchovává dodnes – i vzhledem k otevřenému závěru, který dobře ukazuje, že nastolené otázky nemají jednoznačná řešení, a proto je třeba se k nim, v novém kontextu, vždy znovu vracet.

Doc. JUDr. PhDr. Veronika Bílková, Ph.D., E.MA
Univerzita Karlova, Právnická fakulta
bilkova@prf.cuni.cz